

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/182262>

Please be advised that this information was generated on 2019-06-02 and may be subject to change.

40. De boetebedingen van de 'hebberige' schuldeiser in het licht van de vernietiging en matiging van contractuele boetes

MR. P.T.J. WOLTERS¹

Een boetebeding stelt een schuldeiser in staat om de uitoefening van zijn rechten te vereenvoudigen en de schuldenaar te prikkelen tot nakoming. De artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW begrenzen deze mogelijkheden. In deze bijdrage onderzoek ik hoe een 'hebberige' schuldeiser, in het licht van de grenzen van de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW, het maximale uit een boetebeding halen.

1. Inleiding

Een boetebeding is een clause die bepaalt dat de schuldenaar een geldsom of een andere prestatie moet voldoen als hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet.² Het beding biedt verschillende voordelen voor de schuldeiser³ en wordt daarom regelmatig gebruikt.⁴

Boetebedingen kunnen tot excessieve gevolgen leiden. De schuldeiser kan een boete bedingen die veel hoger is dan de werkelijke of op het moment van contractsluiting voorzienbare schade. De schuldenaar is in veel gevallen praktisch niet in staat om over de hoogte van het bedrag

te onderhandelen.⁵ Dit geldt vooral bij bedingen die zijn opgenomen in de algemene voorwaarden.⁶

Het Nederlandse recht bestrijdt deze excessieve gevolgen in het bijzonder door middel van de vernietiging van onredelijk bezwarende boetebedingen in de algemene voorwaarden op grond van artikel 6:233 sub a BW en de matiging van bedongen boetes op grond van artikel 6:94 lid 1 BW. Deze artikelen begrenzen de mogelijkheden van de schuldeiser om zijn belangen te behartigen met behulp van een boetebeding. Ik heb in verschillende publicaties aandacht besteed aan de toepassing van deze leerstukken.⁷ In deze bijdrage ligt de focus op de 'hebberige' schuldeiser. Hierbij beantwoord ik de volgende onderzoeksvraag: *Op welke manier kan een schuldeiser, in het licht van de grenzen van de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW, het maximale uit een boetebeding halen?*

Het artikel is als volgt opgebouwd. Ik begin met een bespreking van de functies van een boetebeding (paragraaf 2). Aan de hand van deze functies formuleer ik de doelstel-

1 De auteur bedankt dhr. K. Muijres voor zijn hulp bij de selectie en codering van de uitspraken.
2 Artikel 6:91 BW. Zie voor een uitgebreide beschrijving van boetebedingen H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004.
3 Zie paragraaf 2 over de functies van het boetebeding. Een uitzondering is een 'boete' die bewust op een laag bedrag is vastgesteld en in de plaats komt van de hogere werkelijke schade. Een dergelijk beding functioneert als exoneratieclausule. Zie ook artikel 6:92 lid 2 BW; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 325 (M.v.A. II); Schelhaas 2004, p. 142; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2016/414. Dergelijke boetebedingen blijven hierna buiten beschouwing.
4 Zie onder andere de hieronder te bespreken jurisprudentie. Zie voor enkele voorbeelden van boetebedingen H.N. Schelhaas, commentaar op artikel 6:91 BW, in: R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (losbladig en online), aant. 1.2 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

5 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323 (T.M.).

6 HvJ EU 9 november 2010, nr. C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*Pénzügyi*); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1452-1453 (M.v.T. Inv.); H.G. van der Werf, *Gebondenheid aan standaardvoorwaarden. Standaardvoorwaarden in het rechtsverkeer met particuliere en professionele contractanten* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 2; F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardkontraat. Een rechtssociologisch onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kobra 1984, p. 4-5 en 41-47; B. Wessels & M.H. Wissink, 'Inleiding', in: B. Wessels, R.H.C. Jongeneel & M.L. Hendrikse, *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/459; P.T.J. Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden. Consistentie in de lagere rechtspraak?', *RMThemis* 2017[a], afl. 3, p. 116.

7 P.T.J. Wolters, 'De invloed van de verhouding tussen schade en boete op de matiging van boetebedingen. Een empirische analyse', *AV&S* 2016/20, afl. 3, p. 109-117; Wolters 2017a, p. 116-128; P.T.J. Wolters, 'De matiging van boetebedingen bij koopovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken. Een empirische analyse van de invloed van het gebruikelijke karakter', *WPNR* 2017[b], afl. 7136, p. 122-128; P.T.J. Wolters, 'De vernietiging en matiging van boetebedingen in huurovereenkomsten ten aanzien van onroerende zaken in de feitenrechtspraak', *WR* 2017/136, afl. 10, p. 571-577.

lingen die de hebbende schuldeiser met een boeteclausule kan nastreven (paragraaf 3). Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag maak ik gebruik van een systematische analyse van de feitenrechtspraak. Paragraaf 4 beschrijft de gevolgde methode. Hierna volgt een analyse van de grenzen die de artikelen 6:233 sub a (paragraaf 5) en 94 lid 1 (paragraaf 6) BW aan deze doelstellingen stellen. Ik eindig met de beantwoording van de onderzoeksvraag (paragraaf 7).

2. De functies van een boetebeding

Artikel 6:91 BW formuleert twee functies van een boetebeding: schadefixering en aansporing.⁸ Een beding met de schadefixeringsfunctie verlost de schuldeiser, in het geval van een tekortkoming door de schuldenaar, van de noodzaak om de door hem geleden schade te bewijzen.⁹ Het zorgt hiermee voor een vereenvoudiging van de uitoefening van zijn rechten. Deze functie is vooral van belang als de schuldeiser verwacht dat hij de omvang van zijn schade niet of slechts met moeite kan bewijzen. Het boetebeding stelt hem daarnaast in staat om schadeposten vergoed te krijgen die volgens het wettelijke stelsel niet of niet volledig voor compensatie in aanmerking komen.

De aansporingsfunctie prikkelt de schuldenaar tot nakoming.¹⁰ Hoe hoger de boete, des te sterker is de prikkel. Het vastgestelde bedrag dient in ieder geval hoger te zijn dan de wettelijke schadevergoeding waarvoor het in de plaats treedt. Van een boete die correspondeert met de vergoeding die de schuldenaar ook zonder het beding zou moeten betalen, gaat immers geen extra aansporing uit.¹¹ Een boetebeding met een aansporingsfunctie geeft een schuldeiser hierdoor, in het geval van een wanprestatie door de schuldenaar, recht op een hoog geldbedrag. Het kan hem zelfs in een positie brengen die voordeliger is dan de toestand waarin hij zich zou bevinden als de schuldenaar de verbintenis wel zou zijn nagekomen.

Hoe hoger de boete, des te sterker is de prikkel

De betekenis van het onderscheid tussen de beide functies dient overigens niet te worden overschat. De toepasselijkheid van de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW is niet

afhankelijk van de functie van het boetebeding. Een enkel beding kan bovendien beide functies vervullen.¹²

3. De doelstellingen van de hebbende schuldeiser

De hebbende schuldeiser kan de in paragraaf 2 besproken doelstellingen, een effectieve rechtsuitoefening en (een sterke prikkel door) een hoog geldbedrag, op verschillende manieren combineren. Hij kan de moeilijk vast te stellen schade bijvoorbeeld fixeren op een niveau dat de werkelijke schade waarschijnlijk ruimschoots zal overtreffen.¹³ De artikelen 6:92 en 93 BW zijn van regelend recht.¹⁴ Het beding kan daarom bepalen dat de schuldeiser recht heeft op een aanvullende schadevergoeding als de werkelijke schade het vastgestelde bedrag overtreft,¹⁵ dat de boete verschuldigd is naast de wettelijke schadevergoeding,¹⁶ dat de boete slechts in de plaats komt van een bepaalde schadepost¹⁷ of dat de schuldeiser mag kiezen tussen het bedongen bedrag en de wettelijke schadevergoeding.¹⁸ Het boetebeding combineert hiermee een gedeeltelijke fixatie, tot op de hoogte van de bedongen boete, met de mogelijkheid om een hogere vergoeding te verkrijgen. De schuldeiser kan de uitoefening van zijn rechten bovendien vereenvoudigen

8 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 321 (T.M.); Schelhaas 2004, p. 20 en 65; Asser/Sieburgh 6-I 2016/414; Wolters 2016, p. 110; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:91, aant. 2 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

9 F. Brandsma, *Gemeen recht in Groningen. Enige opmerkingen over de matiging van bedongen boetes door de rechter* (oratie Groningen), Groningen: Chimaira 2000, p. 7-8; Schelhaas 2004, p. 3 en 5; E.W. van der Minne, 'Matiging contractuele boete: kans van slagen?', *ORP* 2015, afl. 5, p. 20; Asser/Sieburgh 6-I 2016/414 en 425; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:91, aant. 2 en 5 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

10 Brandsma 2000, p. 7; Schelhaas 2004, p. 3 en 5; Van der Minne 2015, p. 20.

11 Vergelijk Brandsma 2000, p. 8; Van der Minne 2015, p. 21-22; Wolters 2016, p. 110. Zie ook paragraaf 3.

12 Artikel 6:91 BW; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 321 (T.M.); Brandsma 2000, p. 8; Schelhaas 2004, p. 5, 65 en 464; Van der Minne 2015, p. 22; Asser/Sieburgh 6-I 2016/414; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:91, aant. 2 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

13 Wolters 2016, p. 110; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:91, aant. 2 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

14 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 322 (T.M. en M.v.A. II); Schelhaas 2004, p. 268; Van der Minne 2015, p. 20; Asser/Sieburgh 6-I 2016/421-424; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:92, aant. 1-6, artikel 6:93, aant. 1 (online, bijgewerkt 5 juni 2017). Deze bronnen zien ook op de in deze alinea weergegeven mogelijkheden.

15 Zie bijvoorbeeld artikel 31 van de 'Algemene Bepalingen Winkelruimte 2012' van de ROZ (noot 32, de boete laat 'het recht op volledige schadevergoeding voor zover de geleden schade de verbeurde boete overtreft, onverlet); de artikelen 11.2 en 11.3 van het 'NVM-model 2017', beschikbaar op www.eigenhuis.nl/huis-kopen/bestaande-bouw/koopovereenkomst/koopcontract (laatste bezocht 9 augustus 2017, 'onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding, indien de daadwerkelijke schade hoger is dan de onmiddellijk opeisbare boete').

16 Zie bijvoorbeeld artikel 7.19 van de 'Algemene voorwaarden sociale woonruimte' van Eigen Haard, beschikbaar op www.eigenhaard.nl/informatie-en-service/sociale-huur/huurcontract-en-mijn-gegevens-wijzig, laatste bezocht op 9 augustus 2017 (de boete is verschuldigd 'onverminderd het recht van verhuurder om naast de boete volledige schadevergoeding te vorderen'); artikel 5.8 van de 'Algemene Voorwaarden Parkeren' van Q-Park (de boete van € 25 per dag voor het te lang parkeren is verschuldigd 'naast en boven het normale geldende parkeertarief' en 'onverkort het recht van Q-Park parkeerfaciliteit om daarnaast en daarboven schadevergoeding te vorderen'). Noot 49.

17 Het in artikel 5.9 van de Algemene Voorwaarden Parkeren van Q-Park opgenomen tarief 'verloren kaart' treedt bijvoorbeeld alleen in de plaats van de parkeerkosten. Q-Park heeft daarnaast ook nog recht op een aanvullende boete en overige gevolgschade. Een boete die de incassokosten vaststelt op 15% van het verschuldigde bedrag komt slechts in de plaats van de incassokosten die anders verschuldigd waren. Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165.

18 Artikel 5.9 van de Algemene Voorwaarden Parkeren van Q-Park 'laat onverlet het recht van Q-Park om de parkeerder de werkelijke parkeerkosten in rekening te brengen mochten die hoger zijn'.

Tabel 1: De boetebedingen waarop de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW zijn toegepast

Omschrijving boete	Aantal 6:233 sub a BW	Aantal onredelijk bezwarend	Aantal 6:94 lid 1 BW	Aantal gematigd
Huurovereenkomsten ten aanzien van een woning	35	22	11	3
Huurovereenkomsten ten aanzien van een bedrijfsruimte	11	0	23	11
De overdracht en ontwikkeling van onroerend goed	2	0	42	15
Verplichtingen in verband met de eigendom van en beperkte rechten op onroerende zaken	9	2	6	5
Aannemingsovereenkomst	5	2	2	0
Franchiseovereenkomst	1	1	3	0
Relatie- en concurrentiebedingen	1	0	33	21
Aandeelhoudersovereenkomst	0	0	2	1
Geheimhoudingsovereenkomst	0	0	4	4
Kettingbedingen	0	0	3	1
Cao – Een schending van de verplichting om informatie te verstrekken aan de handhavende instantie	0	0	5	4
De annulering, vroegtijdige opzegging of beëindiging van een overeenkomst (overig)	63	33	10	3
Overige incassokosten en boeterentes	7	5	10	3
Overige verplichtingen	31	14	13	5
Totaal	165	79	167	76

door te bepalen dat de boete naast de nakoming of ontbinding¹⁹ kan worden gevorderd en dat het bedrag ook zonder een aanmaning²⁰ of de toerekenbaarheid²¹ van de schuldenaar is verschuldigd.

De hebbelijke schuldeiser die het maximale uit een boetebeding wil halen, kan in de verleiding komen om al deze mogelijkheden te combineren. Hij kan, aangenomen dat de schuldenaar hiermee akkoord gaat, een torenhoge boete bedingen die zonder toerekenbaarheid of aanmaning kan worden gevorderd naast nakoming of de volledige vergoeding van de werkelijke schade.

Door toepassing van de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW kan de effectiviteit van een dergelijk beding echter worden verkleind. Matiging leidt ertoe dat de schuldeiser minder

dan het bedongen bedrag verkrijgt. Een (ambtshalve)²² vernietigd boetebeding draagt op geen enkele wijze bij aan het bereiken van de doelstellingen. De toepassing van en procedures over deze leerstukken frustreren bovendien de beoogde vereenvoudiging van de rechtsuitoefening. De schuldeiser dient bij het opstellen van het boetebeding daarom rekening te houden met de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW. Hij dient bovendien een afweging te maken tussen de verschillende doelstellingen. Een beperkte boete is relatief eenvoudig af te dwingen. De kans dat de schuldenaar een succesvol beroep op de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW doet, is in dat geval gering. De schuldeiser verkrijgt in dit geval echter slechts een beperkte geldsom. Een hogere boete kan een groter voordeel opleveren. Het afdwingen van deze boete kan echter gepaard gaan met problemen.

4. Het onderzoek

In dit onderzoek analyseer ik gepubliceerde uitspraken waarin feitenrechters de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW toepassen op een boetebeding. De uitspraken over de toepassing van artikel 6:233 sub a BW zijn afkomstig uit de periode 2008-2016. De uitspraken over 6:94 lid 1 BW komen uit het tijdvak 2013-2016. Deze uitspraken zijn

19 Zie in deze zin bijvoorbeeld de artikelen 11.2 en 11.3 van het NVM-model 2017. De boete van 10% van de koopsom is verschuldigd als de schuldeiser de overeenkomst ontbindt. De boete van 0.3% per dag is juist opeisbaar als hij nakoming verlangt. De boetes in artikel 11.1 van de van de 'Huurovereenkomst Woonruimte 2017' zijn verschuldigd 'onverminderd zijn gehoudenheid om alsnog aan deze verplichting te voldoen'. Noot 32.

20 Verschillende boetebedingen bepalen dat de schuldeiser recht heeft op een 'direct opeisbare boete'. Zie bijvoorbeeld de artt. 25.3 van de Algemene Bepalingen Winkelruimte 2012, 11.1 van de Huurovereenkomst Woonruimte 2017 en 11.2 van het NVM-model 2017. Schelhaas adviseert echter om expliciet te stellen dat de boete zonder voorafgaande ingebrekestelling kan worden gevorderd. Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:93, aant. 1 (online, bijgewerkt 5 juni 2017). Zie in deze zin bijvoorbeeld artikel 5.8 van de Algemene Voorwaarden Parkeren (de boete is verschuldigd 'zonder dat enige ingebrekestelling is vereist').

21 Vergelijk bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 14 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6959 (de boete 'zal verschuldigd zijn door het enkele feit van overtreding of niet-nakoming').

22 Zie over de verplichting tot amtsshalve toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden onder andere HvJ EU 30 mei 2013, nr. C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse en de Man Garabito/Jahani*); HR 10 juli 2015, NJ 2016, 439 (*Beerman/Dexia*); HR 26 februari 2016, RvdW 2016, 362 (*Ebecsek/Trudo*); J.H.M. Spanjaard, 'Boetes in B2C-verhoudingen amtsshalve getoetst', *Contracteren* 2013, afl. 3, p. 2013, p. 108-112; Wolters 2017a, p. 119. Deze bronnen verwijzen naar 'algemene' jurisprudentie en literatuur over de amtsshalve toetsing van algemene voorwaarden.

gevonden door op rechtsorde.nl te zoeken met behulp van verschillende zoektermen.²³ De gevolgde methode is uitgebreider beschreven op <http://dx.doi.org/10.17026/dans-23p-7rt9>.²⁴ Op deze plaats zijn ook de volledige resultaten en een gedetailleerdere versie van tabel 1 beschikbaar.

In dit onderzoek analyseer ik gepubliceerde uitspraken waarin feitenrechters de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW toepassen op een boetebeding

De zoekopdrachten hebben geleid tot 148 relevante uitspraken waarin de rechter oordeelt over de toepassing van artikel 6:233 sub a BW op in totaal 165 boetebedingen. Hij beslist hierbij 79 keer dat het beding onredelijk bezwarend is. De opdrachten leveren daarnaast 158 relevante uitspraken op waarin de rechter artikel 6:94 lid 1 BW toepast op 167 boetebedingen. Hij matigt 76 boetes in 74 uitspraken. Tabel 1 geeft een overzicht van de verschillende typen boetebedingen en overeenkomsten waarop de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW zijn toegepast.

5. De grenzen van artikel 6:233 sub a BW

Een vernietigd boetebeding draagt op geen enkele wijze bij aan het bereiken van de doelstellingen van de schuldeiser (paragraaf 3). Het is voor hem daarom van groot belang dat het beding de toets van artikel 6:233 sub a BW kan doorstaan. Verschillende aanknopingspunten stellen de schuldeiser in staat om bij het opstellen van de clause rekening te houden met deze norm.

5.1 Algemene voorwaarde

Artikel 6:233 sub a BW is slechts van toepassing als het boetebeding een 'algemene voorwaarde' in de zin van artikel 6:231 BW is. Deze norm definieert algemene voorwaarden als 'bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen'. Artikel 3 van Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten) is van toepassing als er 'niet afzonderlijk is onderhandeld' over het boetebeding (lid 1).²⁵ Dat is het

geval als de schuldeiser het beding van tevoren heeft opgesteld en de schuldenaar geen invloed op de inhoud heeft kunnen uitoefenen (lid 2). Het antwoord op de vraag of een clause dient te worden gekwalificeerd als een algemene voorwaarde, is dus afhankelijk van de wijze van totstandkoming van het beding.²⁶ Het antwoord is niet afhankelijk van het etiket dat de gebruiker op de clause plakt.²⁷ Een schuldeiser kan de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 BW dus niet voorkomen door het boetebeding van de algemene voorwaarden naar de hoofdovereenkomst te verplaatsen.

5.2 De professionaliteit van de schuldenaar

Artikel 6:233 sub a BW is vooral van belang als de schuldenaar een consument is. 'Grote' wederpartijen, dat wil zeggen rechtspersonen met een gepubliceerde jaarrekening, groepsmaatschappijen en partijen met meer dan vijftig werknemers, zijn op grond van artikel 6:235 lid 1 BW uitgesloten van de bescherming van deze toets.²⁸ Daarnaast profiteren 'kleine' professionele schuldenaren niet van de bescherming van de 'zwarte', 'grijze' en 'blauwe' lijsten van de artikelen 6:236 en 237 BW en de bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG. Deze lijsten zijn immers alleen van toepassing als de wederpartij van de gebruiker een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf.²⁹ Ook de verplichting tot ambtshalve toetsing bestaat alleen als de schuldenaar een 'consument' is.³⁰

Tabel 2 laat zien dat een boetebeding in de geanalyseerde rechtspraak significant minder vaak onredelijk bezwarend is in het geval van een professionele schuldenaar.³¹ De rechter oordeelt in slechts twee van de 38 uitspraken dat het beding vernietigbaar is. De toets van artikel 6:233 sub a BW is bij een professionele schuldenaar ook minder streng. De boetes in de oude ROZ-modellen voor een huurovereenkomst ten aanzien van een bedrijfsruimte zijn bijvoorbeeld veel hoger dan bij het oude model voor een overeenkomst ten aanzien van een woning.³² De boeterente is met 2% per maand dubbel zo hoog. De boete van € 250 per dag voor andere overtredingen is zelfs het tienvoudige van de vergelijkbare boete van € 25 per dag bij huurovereenkomsten ten aanzien van een woning. Desondanks oordeelt de rechter steeds dat de bedingen in de overeenkomsten ten

23 De uitspraken over de toepassing van artikel 6:233 sub a BW zijn gevonden met de zoektermen '6:233 BW boete'; 'richtlijn 93/13 boete'; '237, aanhef en onder i'; '237, aanhef en sub i'; 'richtlijn 93/13 bijlage' onder e'. Ik zocht uitspraken over artikel 6:94 lid 1 BW met de term '6:94 BW matiging'. De resultaten zijn steeds verfijnd op jurisprudentie, bron: openbare websites – rechtspraak.nl.

24 De geselecteerde uitspraken zijn voor het grootste gedeelte ontleend aan de in noot 7 genoemde publicaties. Daarnaast zijn uitspraken uit heel 2016 meegenomen door opnieuw te zoeken met de in de vorige noot genoemde zoektermen.

25 Afdeling 6.5.3 BW strekt mede ter implementatie van Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten). Zie onder andere Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Monografieën BW deel B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 8; E.A.G. van Schagen, *The Development of European Private Law in a Multilevel Legal Order*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 200-222.

26 Zie ook M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, nr. 6-10; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/464-466; Hijma 2016, nr. 11-13.

27 Vergelijk Hijma 2016, nr. 12.

28 Zie ook artikel 2:396 BW; *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1631 (toelichting bij amendement Korthals, V.C. II Inv.); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/489.

29 Loos 2013, nr. 21-28; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/499-500; Hijma 2016, nr. 29. Zie ook paragraaf 5.3.

30 Noot 22.

31 $\chi^2(1) = 35.929$, $p < .001$, Cramer's $V = .467$. Zie ook Wolters 2017a, p. 126. De χ^2 (chi-square)-score is telkens de Pearson score.

32 De modellen zijn beschikbaar op <https://roz.nl/de-roz-modellen/> (laatst bezocht 11 augustus 2017). De ROZ is een vereniging die zich inzet voor de belangen van verhuurders. De nieuwe versies zijn vastgesteld in 2012 (Model Winkelruimte), 2015 (Model Kantoorruimte) en 2017 (Model Woonruimte). De onderzochte uitspraken zien op de boetes uit de oude modellen.

Tabel 2: De professionaliteit van de schuldenaar

Professionaliteit schuldenaar	Aantal	% van alle boetebedingen	Aantal onredelijk bezwarend	% onredelijk bezwarend
Professionele partij	38	23	2	5
Consument	127	77	77	61
Totaal	165	100	79	48

aanzien van een bedrijfsruimte niet onredelijk bezwarend zijn. De clausules met de lagere percentages en bedragen bij overeenkomsten ten aanzien van een woning zijn wel vernietigbaar.³³

Artikel 6:233 sub a BW is eigenlijk alleen van belang als de schuldenaar een consument is

Twee uitspraken laten echter zien dat artikel 6:233 sub a BW ook bij professionele schuldenaren van belang kan zijn. In Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1845 oordeelt de rechter dat de door Proximedia gehanteerde boete van 40% van de resterende termijnen bij een vervroegde beëindiging van een overeenkomst met betrekking tot verschillende aan internet gerelateerde diensten onredelijk bezwarend is. Het hof wijkt hiermee af van negentien andere uitspraken over de bedingen van deze schuldeiser. In andere procedures maakt Proximedia aanmerkelijk dat de boete gerechtvaardigd is omdat het bedrijf aan het begin van de looptijd van het contract investeringen heeft gedaan die het in het restant van de duur van de overeenkomst moet terugverdienen. Proximedia heeft volgens deze uitspraken onder andere een website ontwikkeld en een opleiding gegeven.³⁴ In het bij het Hof Den Haag onderhavige conflict is niets over dergelijke investeringen gesteld of gebleken. Het hof oordeelt daarom dat de contractuele boete onredelijk bezwarend is.

In Rb. Utrecht 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC5136 oordeelt de rechter dat een vergoeding bij de beëindiging van de franchiseovereenkomst van 2% van de over het laatste boekjaar behaalde omzet onredelijk bezwarend is. De franchisenemer dient deze vergoeding volgens de tekst van de bepaling immers ook te betalen als hij de overeenkomst gerechtvaardigd ontbindt op grond van een tekortkoming van de franchisegever. Zij kan bovendien op een hoog bedrag uitkomen dat geheel losstaat van de door de schuldeiser geleden schade. De franchisegever heeft ten slotte niet onderbouwd waarom deze vergoeding als redelijk moet worden beschouwd.

Deze uitspraken illustreren het belang van een goede rechtvaardiging van een boetebeding (paragraaf 5.4). De laatst-

genoemde uitspraak laat bovendien zien dat de voorwaarden waaronder een boete kan worden ingeroepen niet al te voordelig voor de schuldeiser mogen zijn. Verder blijkt uit de geanalyseerde uitspraken echter dat artikel 6:233 sub a BW in het geval van een professionele schuldenaar slechts een beperkte rol speelt. Hoewel een al te hoge boete mogelijk onredelijk bezwarend zal zijn (paragraaf 5.3), blijkt de grens niet uit de gepubliceerde rechtspraak. De bedragen en percentages mogen in ieder geval veel hoger zijn dan bij particuliere schuldenaren.

5.3 De invloed van de verhouding tussen schade en boete

Een beding is eerder vernietigbaar als de boete of het totale toewijsbare bedrag hoger is dan de schade of het belang van de schuldeiser bij de nakoming van de verbintenis. Het totale toewijsbare bedrag bestaat uit de verbeurde boete en, als het boetebeding afwijkt van artikel 6:92 lid 2 BW, de schadevergoeding die naast deze boete verschuldigd is. Bij de toepassing van artikel 6:233 sub a BW gaat het om de *voorzienbare schade* ten tijde van de contractsluiting. Het artikel toetst immers het beding. De omstandigheden waaronder het boetebeding is ingeroepen, zijn niet van belang.³⁵ De verhouding tussen de *werkelijke* schade en de boete of het toewijsbare bedrag speelt daarom in theorie geen rol.³⁶ De hebbelijke schuldeiser kan een vernietigbaar beding bovendien niet redden door slechts een gedeelte van de verbeurde boete op te eisen. Een dergelijke beperking maakt het *beding* immers niet minder onredelijk.³⁷ De relevantie van de verhouding tussen de boete of het totale toewijsbare bedrag en de voorzienbare schade volgt onder andere uit de bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG. Deze zogeheten 'blauwe lijst' geeft verschillende voorbeelden

33 Wolters 2017a, p. 124-126.

34 Zie in deze zin bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4397; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4517.

35 HR 23 maart 1990, NJ 1991, 214 (Botman/Van Haaster); HvJ EU 9 november 2010, nr. C137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (Pénzügyi); HvJ EU 14 maart 2013, nr. C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz); Artikel 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG; Parl. Gesch. Boek 6, p. 1621-1622 (M.v.A. I Inv.); Schelhaas 2004, p. 308-309; C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen, Serie recht en praktijk CR4), Deventer: Kluwer 2011[a], p. 39-41 en 107-110; Loos 2013, nr. 181-183; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/487; Hijma 2016, nr. 25; Wolters 2017a, p. 118.

36 Schelhaas 2004, p. 309. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 december 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG8024.

37 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO5017; Hof 's-Hertogenbosch 24 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4346; Rb. Amsterdam 10 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2206; Rb. Oost-Brabant 20 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:1283; Hof 's-Gravenhage 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3466; Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:887; Wolters 2017a, p. 118.

Tabel 3: De verhouding tussen de voorzienbare of werkelijke schade en het totale toewijsbare bedrag

Verhouding tussen boete en schade	Aantal	% van alle boetebedingen	Aantal onredelijk bezwarend	% onredelijk bezwarend
Schade duidelijk lager dan het toewijsbare bedrag ('wanverhouding')	49	30	48	98
Geen opmerking over de voorzienbare of werkelijke schade	62	38	28	45
Een andere opmerking over de schade ('geen wanverhouding')	54	33	3	6
Totaal	165	100	79	48

van bedingen die als oneerlijk kunnen worden beschouwd. Een beding dat de consument die zijn verbintenissen niet nakomt een onevenredig hoge schadevergoeding oplegt, valt onder onderdeel e. De opname op deze lijst pleit voor de vernietigbaarheid van dergelijke boetebedingen. Zij leidt echter niet automatisch tot deze conclusie.³⁸ Uiteindelijk moet de Nederlandse rechter bepalen of een boetebeding in een concreet geval onredelijk bezwarend is.³⁹

Het belang van de verhouding tussen de schade en de boete of het totale toewijsbare bedrag blijkt ook uit de geanalyseerde jurisprudentie. Tabel 3 laat zien dat er een significante samenhang bestaat tussen deze verhouding en de vernietigbaarheid van een boetebeding.⁴⁰ De rechter concludeert 49 keer dat de schade of het belang van de schuldeiser duidelijk lager is dan het totale toewijsbare bedrag. In 48 van deze gevallen oordeelt hij dat het beding onredelijk bezwarend is.⁴¹ De vaststelling dat een dergelijke 'wanverhouding' niet bestaat, gaat dan weer in 51 van de 54 uitspraken gepaard met het oordeel dat de clause niet vernietigbaar is.⁴² De 62 oordelen waarin de rechter niets opmerkt over de schade laten een wisselender beeld zien. Hij beslist in 28 van deze gevallen dat het boetebeding onredelijk bezwarend is.

5.4 De rol van de schuldeiser

De invloed van de verhouding tussen de schade en de boete op de toepassing van artikel 6:233 sub a BW beperkt de mogelijkheden van de hebbende schuldeiser om zijn belangen met behulp van een boetebeding te behartigen. Hij is hierdoor slechts in beperkte mate in staat om een hoog geldbedrag te bedingen. Hij kan echter proberen om de grenzen van artikel 6:233 sub a BW op te rekken. Het is in de meeste gevallen immers niet mogelijk om de voorzienbare schade precies vast te stellen. Een tekortkoming kan in veel gevallen zowel tot grote als tot beperkte schade leiden. De schuldeiser die toch een hoog geldbedrag wil verkrijgen, kan de rechter er daarom van proberen te overtuigen dat de boete in een redelijke verhouding tot zijn belang staat. De meeste schuldeisers gebruiken hun algemene voorwaarden bovendien bij een grote hoeveelheid contracten. Zij kunnen de herhaling van een ongunstige uitspraak voorkomen door de rechtvaardiging voor de boete te verbeteren.⁴³ Ik geef enkele voorbeelden. Artikel 5.9 van de 'oude' voorwaarden van Q-Park bevatten een boete van € 1.000 voor 'treintje rijden'.⁴⁴ In twee uitspraken oordeelt de Rechtbank Noord-Holland dat uit de omstandigheid dat Q-Park de boete vrijwillig beperkt tot € 365, blijkt dat dit bedrag in een redelijke verhouding staat tot de door Q-Park te verwachten schade. De bedongen boete van € 1.000 is daarom onredelijk bezwarend.⁴⁵

De hebbende schuldeiser hoeft geen rekening te houden met artikel 6:94 lid 1 BW. Een gematigde boete is in veel gevallen immers nog altijd beduidend hoger dan de werkelijke schade

In andere conflicten geeft Q-Park een nadere onderbouwing van de boete. Door het treintje rijden kunnen gevaarlijke situaties ontstaan. De overtreding stuurt bovendien

- 38 HvJ EU 26 april 2012, nr. C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (*Invitel*); HR 29 april 2016, RvdW 2016, 584 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam/Amsterdam*); Pavillon 2011a, p. 39 en 78-79; Spanjaard 2013, p. 111-112; LOVCK-werkgroep, *Ambtshalve toetsing II*, 2014, p. 20; Van Schagen 2016, p. 254.
- 39 HvJ EG 1 april 2004, nr. 237/02, ECLI:EU:C:2004:209 (*Freiburger Kommunalbauten*); HvJ EG 4 juni 2009, nr. C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*); Wessels & Wissink 2010, p. 14-15; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/480; LOVCK-werkgroep 2014, p. 18-19.
- 40 $\chi^2(2) = 88.191$, $p < .001$, Cramer's $V = .731$. Zie over de gebruikte methode ook Wolters 2017a, p. 120-121.
- 41 In Hof Amsterdam 19 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1543 oordeelt het Hof dat de omstandigheid dat de schuldeiser geen schade heeft geleden niet van belang is omdat het beding strekt tot afdracht van de uit onderhuur verkregen inkomsten. Het opleggen van een onevenredig hoge schadevergoeding is niet het doel.
- 42 In de drie andere uitspraken oordeelt de rechter dat er geen wanverhouding bestaat tussen het in het beding opgenomen bedrag en het belang van de schuldeiser, maar dat de ongelimiteerde toepassing en het ontbreken van werkelijke schade de clause toch onredelijk bezwarend maken. Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2370; Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2371; Rb. Utrecht 27 januari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BL0870.

43 Zie ook Wolters 2017a, p. 126.

44 Beschikbaar op www.q-park.nl/Portals/4/Algemene%20Voorwaarden%20Parkeren%202015.pdf, laatst bezocht 15 augustus 2017. Bij 'treintje rijden' verlaat de schuldenaar de parkeergarage door vlak achter zijn voorganger te rijden.

45 Rb. Noord-Holland 13 augustus 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11753; Rb. Noord-Holland 6 januari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1350; Wolters 2017a, p. 121.

de parkeersystemen in de war. Een hoge boete is daarnaast noodzakelijk om de aansporingsfunctie te vervullen.⁴⁶ Het bedrag is voorts redelijk ten opzichte van de investeringen ter voorkoming en opsporing van het treintje rijden.⁴⁷ Het boetebedrag is ten slotte mede bedoeld om eventuele slagboomschade te dekken. Deze schade van ongeveer € 700 ontstaat in 20% van de gevallen.⁴⁸ De rechter komt in deze conflicten tot de conclusie dat het beding niet onredelijk bezwarend is.

Het boetebeding in artikel 5.9 van de 'nieuwe' voorwaarden van Q-Park heeft een vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt.⁴⁹ In Rb. Amsterdam 9 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5270 oordeelt de rechter dat het bedrag van € 300 per overtreding onredelijk bezwarend is, onder andere omdat Q-Park niet inzichtelijk heeft gemaakt hoe hoog de schade per overtreding is. In Rb. Amsterdam 21 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:7307 en Rb. Amsterdam 4 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6669 komen de rechters op grond van een nadere rechtvaardiging door Q-Park tot de conclusie dat het beding niet vernietigbaar is. Het bedrijf betoogt onder andere dat treintje rijden de mobiliteit rond een stadcentrum beperkt. Het parkeersysteem geeft in deze gevallen immers niet aan dat de parkeerplaats is vrijgekomen.

Artikel 12 lid 1 van de CBW-erkend voorwaarden voor woonwinkels bepaalt dat de afnemer bij een annulering een schadevergoeding van 30% van de koop-/aanneemsom is verschuldigd.⁵⁰ Een dergelijk beding is op grond van artikel 6:237 sub i BW onredelijk bezwarend tenzij het een redelijke vergoeding voor het door de gebruiker geleden verlies of de gederfde winst betreft. De schuldeiser moet aannemelijk maken dat het bedrag redelijk is. De schuldeiser dient zijn kosten en winstmarges hiervoor inzichtelijk te maken, ook als dit bedrijfsgevoelige informatie betreft of afhankelijk van het aangeschafte product is.⁵¹ De stelling dat de annuleringsvergoeding strekt tot vergoeding van personeelskosten, huisvestingskosten, advertentie- en reclame-

kosten en een dekkingsbijdrage voor het showroomsanitaire is zonder nadere onderbouwing onvoldoende.⁵²

De rechtvaardiging van het beding hoeft niet te steunen op informatie die specifiek ziet op de situatie van de schuldeiser. De gebruikers kunnen ook met behulp van informatie van de Centrale Branchevereniging Wonen aannemelijk te maken dat de in de branche gemiddelde brutowinstmarge hoger is dan 30% van de koopprijs en dat dit percentage bovendien slechts een deel van de vaste kosten dekt.⁵³ Van belang is daarnaast dat de annuleringsvergoeding in overleg met de Consumentenbond is vastgesteld.⁵⁴

De voorbeelden van Q-Park en CBW illustreren het belang van een goede rechtvaardiging van de contractuele boete. Zij laten zien dat de schuldeisers niet kunnen volstaan met algemene stellingen. Zij tonen echter ook dat de gebruikers de hoogte van hun boetebedingen met behulp van een grote verscheidenheid aan argumenten kunnen rechtvaardigen.

De onderbouwing van Q-Park steunt voor een groot deel op algemene belangen zoals de verkeersveiligheid en de mobiliteit in een centrum. De kosten die het bedrijf zelf maakt, zijn bovendien tot op zekere hoogte vrijwillig. Q-Park kiest er immers zelf voor om zoveel te investeren in de voorkoming en opsporing van het treintje rijden. Schuldeisers mogen daarnaast tot op zekere hoogte rekening houden met schadeposten die slechts in een beperkt aantal gevallen optreden. Q-Park rechtvaardigt de boete van € 1.000 met het argument dat de schade in 20% van de gevallen zo hoog is. De uitspraken over de CBW-voorwaarden laten ten slotte zien dat ook argumenten die losstaan van het concrete geval kunnen bijdragen aan de rechtvaardiging.

De variatie in de omvang van de schade die door een tekortkoming ontstaat, kan ook in het nadeel van de schuldeiser werken. Het is hierdoor mogelijk dat de schuldenaar een hoge boete verbeurt op grond van een beperkte tekortkoming. Deze mogelijkheid kan een beding onredelijk bezwarend maken, zelfs als het bedrag van de boete wel in een redelijke verhouding staat tot andere overtredingen. Dit gevaar bestaat in de eerste plaats bij 'eenheidsboetes', boetebedingen waarbij uiteenlopende tekortkomingen tot hetzelfde boetebedrag leiden.⁵⁵ Het speelt daarnaast bij boetebedingen zonder maximum. Deze boetes kunnen oplopen tot een bedrag dat niet meer in verhouding staat tot de tekortkoming.⁵⁶

46 Rb. Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9966. Het effect van de aansporingsfunctie is niet onbeperkt. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2370; Rb. Amsterdam 10 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2371; Rb. Oost-Brabant 20 maart 2014, ECLI:NL:ROBR:2014:1283; Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165; Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314; LOVCK-werkgroep, *Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht*, 2010, p. 14.

47 Rb. Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1034; Rb. Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3556; Rb. Midden-Nederland 4 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2625.

48 Rb. Noord-Holland 24 maart 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:2540.

49 Beschikbaar op <https://www.q-park.nl/algemenevoorwaardenparkeren>, laatst bezocht 15 augustus 2017.

50 Beschikbaar op <http://wonen.cbw-erkend.nl/pages/13/garantiekeurmerk/algemene-voorwaarden-cbw-erkend.html>, laatst bezocht 15 augustus 2017. Zie ook Wolters 2017a, p. 123.

51 Hof Arnhem 9 december 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BH2899. Zie over vergelijkbare bedingen ook Rb. Rotterdam 12 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8309; Rb. Amsterdam 10 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2206.

52 Rb. Rotterdam 10 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3735. Zie ook Hof 's-Gravenhage 19 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR2400.

53 Rb. Alkmaar 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BP7266; Rb. Leeuwarden 6 april 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BQ0976.

54 Rb. Zeeland-West-Brabant 27 januari 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3506; Rb. Midden-Nederland 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5335; Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5539.

55 Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 20 maart 2014, ECLI:NL:ROBR:2014:1283; Hof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9074; Hof Amsterdam 3 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:165.

56 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:887; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5535; Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314; LOVCK-werkgroep 2010, p. 14; Wolters 2017a, p. 122 en 124.

De mogelijkheden om een boetebeding door middel van een verbeterde rechtvaardiging door de toets van artikel 6:233 sub a BW te loodsen, zijn dan ook niet onbeperkt. De hebbende schuldeiser doet er daarom goed aan om een maximum op te nemen en eenheidsboetes zoveel mogelijk uit te splitsen. De boetes in artikel 11.1 van het nieuwe model 'Hurovereenkomst Woonruimte 2017' van de ROZ bieden een voorbeeld. De onredelijk bezwarende eenheidsboete van € 25 per dag uit het oude model is vervangen door drie clausules voor tekortkomingen van oplopende ernst. Iedere bepaling geeft expliciet aan voor welke overtredingen zij geldt. De boetebedingen bevatten bovendien een maximumbedrag.

5.5 Tussenconclusie

De toepassing van artikel 6:233 sub a BW frustreert de doelstellingen van de hebbende schuldeiser. De door deze norm gestelde grenzen zijn echter redelijk nauwkeurig vast te stellen.⁵⁷ Het artikel is alleen van belang als het boetebeding een algemene voorwaarde is (paragraaf 5.1). Het speelt bovendien nauwelijks een rol bij professionele schuldenaren (paragraaf 5.2). De verhouding tussen de boete en de schade beïnvloedt de toelaatbaarheid van het beding (paragraaf 5.3). Deze invloed begrenst de mogelijkheden van de hebbende schuldeiser. De schuldeiser is echter in staat om de door artikel 6:233 sub a BW gestelde grenzen op te rekken door middel van een goede rechtvaardiging van het beding. Hij kan de kans op vernietiging bovendien verkleinen door een maximum op te nemen en eenheidsboetes uit te splitsen (paragraaf 5.4).

6. De grenzen van artikel 6:94 lid 1 BW

Een gematigde boete kan, anders dan een vernietigd beding, nog steeds bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen van een boetebeding. De hebbende schuldeiser dient daarom zowel rekening te houden met de kans dat de rechter de boete matigt als met de gevolgen van deze beperking.

6.1 Alle boetebedingen, alle schuldenaren

Artikel 6:94 lid 1 BW is van toepassing op alle boetebedingen. Het maakt hiervoor niet uit of de clausule een 'algemene voorwaarde' is.⁵⁸ Het artikel is bovendien ook van toepassing op professionele schuldenaren. De hoedanigheid van de partijen kan de toepassing van artikel 6:94 lid 1 BW beïnvloeden.⁵⁹ Uit de geanalyseerde uitspraken blijkt

echter niet dat de rechter de boete significant vaker matigt als de schuldenaar een consument is.⁶⁰ Dit geldt ook als de verhouding tussen de werkelijke schade en de boete bij de analyse wordt betrokken.⁶¹

Tabel 4: De hoedanigheid van de schuldenaar

De hoedanigheid van de schuldenaar	Aantal uitspraken	% van alle uitspraken	Aantal gematigd	% gematigd
Consument	51	32	27	53
Professioneel	104	66	45	43
Overheid	2	1	2	100
Onbekend	1	1	0	0
Totaal	158	100	74	47

6.2 De invloed van de verhouding tussen schade en boete

Artikel 6:94 lid 1 BW toetst de uitoefening van het boetebeding. Omstandigheden die zich voordoen na de contractsluiting kunnen daarom, anders dan bij artikel 6:233 sub a BW, ook een rol spelen.⁶² De hebbende schuldeiser kan daarom de kans op matiging door de rechter verkleinen door slechts een gedeelte van het verbeurde bedrag te vorderen.⁶³ De verhouding tussen de werkelijke schade en de boete of het totale toewijsbare bedrag is immers een van de belangrijkste omstandigheden.⁶⁴ De Hoge Raad benadrukt in *Intrahof/Bart Smit* dat deze verhouding slechts een van de relevante factoren is.⁶⁵ Uit de analyse van de rechtspraak blijkt echter dat deze omstandigheid desondanks een grote voorspellende kracht heeft.

Tabel 5 laat zien dat er in de geanalyseerde jurisprudentie een significante samenhang bestaat tussen de verhouding van schade en boete en de matiging.⁶⁶ De rechter matigt boetebedingen die leiden tot een 'wanverhouding' in 63 van de 74 gevallen. Een dergelijke verhouding bestaat als de vastgestelde werkelijke schade minder is dan de helft van het totale toewijsbare bedrag. Zij bestaat daarnaast als de

57 Vergelijk P. Vermeij, 'Het arbitraal beding in algemene voorwaarden in de bouw bij overeenkomsten met consumenten', *TBR* 2011/77, p. 427; C.M.D.S. Pavillon, 'Beter consumentenrecht: naar een scherpere consumentvriendelijke onredelijk bezwarende-norm', *NTBR* 2011[b]/63, p. 439-440; Van Schagen 2016, onder andere p. 193, 241, 251, 267 en 300.

58 Vergelijk paragraaf 5.1. De totstandkoming van het beding kan wel een relevante omstandigheid zijn. Zie bijvoorbeeld Schelhaas 2004, p. 95-96; H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties – Koop*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, nr. 583; J.J. Dammingh, 'Het boetebeding bij de koop van een woning', *WPNR* 2013, afl. 6976, p. 396; Wolters 2017b, p. 123.

59 HR 13 juli 2012, *NJ* 2012, 459 (*Van de Zuidwind/Faase*); Dammingh 2013, p. 396; Wolters 2017b, p. 123.

60 $\chi^2(1) = 1.287$, $p > .1$, $n = 155$. Hierbij zijn drie uitspraken niet meegenomen. In twee gevallen is de schuldenaar een overheid. In de andere uitspraak is zijn hoedanigheid niet duidelijk.

61 *Loglinear analyse*, $p > .1$; paragraaf 6.2.

62 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 326 (M.v.A. II); Schelhaas 2004, p. 85; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:94, aant. 5 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

63 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5591; Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5486. Vergelijk paragraaf 5.3.

64 Zie ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 323-324 (T.M.); HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 277 (*Kok/Schoor*); Schelhaas 2004, p. 91-93; R.J.Q. Klomp & H.N. Schelhaas, 'Matiging van contractuele boetes: de praktijk', *NJF* 2012/162, p. 494. Het totale toewijsbare bedrag is opgebouwd uit de boete en de schadevergoeding die naast deze boete verschuldigd is. Zie ook paragraaf 5.3.

65 HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*). Zie ook *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 324 (T.M.) en 325 (M.v.A. II); Wolters 2016, p. 109; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:94, aant. 5 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

66 $\chi^2(2) = 88.698$, $p < .001$, Cramer's $V = .749$. Zie ook Wolters 2016, p. 113-115.

Tabel 5: De verhouding tussen de werkelijke schade en het totale toewijsbare bedrag

	Aantal uitspraken	% van alle uitspraken	Aantal gematigd	% gematigd
Verhouding < 0.5 of een opmerking die benadrukt dat de schade laag is ('wanverhouding')	76	48	65	86
Geen informatie over werkelijke schade	38	24	6	16
Verhouding > 0.5 of andere opmerking ('geen wanverhouding')	44	28	3	7
Totaal	158	100	74	47

rechter, zonder de precieze schade vast te stellen, opmerkt dat de schade beperkt is.⁶⁷ Een kleinere discrepantie gaat in slechts vier van de 46 uitspraken gepaard met de matiging van de boete. Ook in de uitspraken waarin de rechter geen informatie over de werkelijke schade bij zijn afweging betreft, matigt hij slechts zelden.

6.3 De rol van de schuldeiser

De werkelijke schade die door een concrete tekortkoming is ontstaan, kan preciezer worden vastgesteld dan de potentiële schade op het moment van de contractsluiting. Een schuldeiser heeft daarom, in vergelijking met artikel 6:233 sub a BW (paragraaf 5.4), minder mogelijkheden om de grenzen van artikel 6:94 lid 1 BW op te rekken. Ook de werkelijke schade is echter niet altijd nauwkeurig te bepalen.

De uitspraken over de boeteclausules bij concurrentiebedingen bieden een voorbeeld. De rechter matigt 21 van de 33 boetes. In twintig van deze uitspraken bestond er een wanverhouding tussen de werkelijke schade en de boete. Een dergelijke wanverhouding kan bijvoorbeeld bestaan als de boete hoger is dan de inkomsten die de schuldeiser zonder de schending had kunnen verkrijgen,⁶⁸ de schuldenaar deze misgelopen winst direct vergoed,⁶⁹ er geen klanten zijn overgestapt,⁷⁰ het belang van het beding door tijdsverloop is afgenomen⁷¹ of de schuldeiser geen inzicht geeft in zijn schade.⁷²

Hoewel niet iedere rechter even ontvankelijk zal zijn voor de argumenten van de hebberrige schuldeiser, kan hij de kans op matiging verkleinen door aannemelijk te maken dat hij wel degelijk in zijn belangen is geraakt. Een goede onderbouwing is hiervoor noodzakelijk.⁷³ De schuldeiser kan bijvoorbeeld betogen dat de tekortkoming heeft geleid tot

een verlies van klanten,⁷⁴ concurrerende activiteiten,⁷⁵ de vermindering van het terugverdienen van een investering⁷⁶ of de verstoring van projecten.⁷⁷ De precieze omvang van de schade kan bij deze omstandigheden niet altijd worden vastgesteld. Dit doet echter geen afbreuk aan de relevantie van deze 'schadeposten'. Een boetebeding is immers mede bedoeld om moeilijk vast te stellen schade te fixeren.⁷⁸ Ook bij artikel 6:94 lid 1 BW geldt dat 'eenheidsboetes' eerder voor beperking in aanmerking komen.⁷⁹ De hebberrige schuldeiser kan de kans op matiging dan ook al ten tijde van het opstellen van het beding verkleinen door de boete uit te splitsen.

6.4 Het niveau van de matiging

Artikel 6:94 lid 1 BW geeft de rechter veel vrijheid bij het bepalen van het niveau van de matiging. Het bepaalt slechts dat de schuldeiser niet minder mag krijgen dan de schadevergoeding op grond van de wet. De rechter kan de boete echter ook minder ver matigen.⁸⁰ Tabel 6 geeft een overzicht van het niveau van de matiging in de geanalyseerde jurisprudentie. Zij vergelijkt de werkelijke schade met het totale toewijsbare bedrag na de matiging. Dit bedrag is opgebouwd uit de gematigde boete en de schadevergoeding die naast de boete kan worden gevorderd. De tabel verge-

67 Zie over deze methode Wolters 2016, p. 113-115. Het totale toewijsbare bedrag bestaat uit de boete plus de schadevergoeding voor dezelfde tekortkoming die naast de boete kan worden gevorderd.

68 Rb. Midden-Nederland 14 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6959.

69 Vergelijk Rb. Rotterdam 20 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7479.

70 Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:6; Rb. Midden-Nederland 20 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:48. Vergelijk Rb. Overijssel 29 december 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:5760.

71 Rb. Midden-Nederland 19 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2938; Rb. Overijssel 29 december 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:5760.

72 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6714; Rb. Midden-Nederland 14 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6959.

73 Vergelijk Hof Den Haag 5 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3000; Hof Den Haag 23 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4111.

74 Rb. Rotterdam 25 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9258. In Hof 's-Hertogenbosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4962 matigt de rechter de boete onder andere omdat de schuldeiser deze schadepost niet nader heeft onderbouwd.

75 Hof 's-Hertogenbosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:175; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2590; Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1610. Vergelijk Rb. Rotterdam 6 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2568 (geen concurrentie of schade omdat de schuldenaar in een andere branche is gaan werken).

76 Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3534.

77 Hof 's-Hertogenbosch 8 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4978 (toch beperkt gematigd op grond van andere omstandigheden).

78 Paragraaf 2. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2590; Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1610. Vergelijk echter ook noot 73. Een schuldeiser doet er dan ook niet verstandig aan om zijn schade zelf vast te stellen op een concreet bedrag dat minder is dan de helft van de boete. Vergelijk Rb. Overijssel 24 maart 2014, ECLI:NL:ROVE:2014:1963.

79 HR 13 februari 1998, NJ 1998, 725 (*Hauer/Monda*); HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 595 (*Hauer/Monda*); Schelhaas 2004, p. 87-91; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:94, aant. 6 (online, bijgewerkt 5 juni 2017). Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6448. Zie ook paragraaf 5.4.

80 Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/425; Schelhaas, in: *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:94, aant. 9 (online, bijgewerkt 5 juni 2017).

Tabel 6: Het niveau van de matiging door de rechter

Verhouding	Aantal uitspraken: de verhouding tussen de schade en het toewijsbare bedrag na matiging	Aantal uitspraken: de verhouding tussen de gematigde en de oorspronkelijke boete
0	20 ¹	4
0.01-0.10	0	20
0.11-0.20	1	10
0.21-0.30	1	8
0.31-0.40	5	6
0.41-0.50	3	13
0.51-0.60	0	3
0.61-0.70	1	2
0.71-0.80	3	1
0.81-0.90	0	0
0.91-1.00	4 ²	0
>1	4	
Totaal	42³	67⁴

1 In deze uitspraken is de werkelijke schade nihil. Zie ook noot 2.

2 Het gaat hier steeds om uitspraken waarin de schade en het toewijsbare bedrag gelijk zijn. Deze groep bevat ook uitspraken waarbij zowel de schade als het bedrag nihil zijn.

3 In de andere uitspraken is het precieze toewijsbare bedrag of de precieze werkelijke schade niet bekend.

4 In de andere uitspraken is de precieze oorspronkelijke of gematigde boete niet bekend.

lijkt daarnaast de gematigde boete met de oorspronkelijke boete.

De rechter maakt in vier uitspraken gebruik van zijn maximale matigingsbevoegdheid. Hij overschrijdt deze grens zelfs in vier uitspraken door de boete te matigen tot een bedrag dat lager is dan de werkelijke schade.⁸¹ In de meeste gevallen is de matiging echter beperkter. De rechter past artikel 6:94 lid 1 BW significant vaker toe als het totale toewijsbare bedrag meer is dan het dubbele van de werkelijke schade (paragraaf 6.2). Uit de geanalyseerde jurisprudentie blijkt echter dat het toewijsbare bedrag na matiging deze grens in veel gevallen nog steeds overschrijdt. De schuldeiser houdt in 29 van de 42 gevallen recht op meer dan het dubbele van zijn schade.⁸² In 22 uitspraken is het bedrag zelfs meer dan het driedubbele.⁸³ De geana-

lyseerde uitspraken suggereren dan ook dat de rechters bij het bepalen van het niveau van de matiging, anders dan bij het oordeel *of* de boete wordt gematigd, slechts beperkt rekening houden met de werkelijke schade.⁸⁴ Een grotere wanverhouding *voor* matiging gaat dan ook vaker gepaard met een grotere wanverhouding *na* de toepassing van artikel 6:94 lid 1 BW.⁸⁵ Ook gematigde boetebedingen kunnen hierdoor leiden tot een aanzienlijke bevoordeling van de hebbende schuldeiser.

Het voorgaande betekent niet dat de toepassing van artikel 6:94 lid 1 BW niet leidt tot een relevante vermindering van het totale toewijsbare bedrag. De rechters matigen de boete in de geanalyseerde uitspraken met gemiddeld 75%.⁸⁶ In slechts zes uitspraken houdt de schuldeiser recht op meer dan de helft van de oorspronkelijke boete. De rechters lijken de voorkeur te geven aan afgeronde percentages of bedragen. Zij matigen de boetes bijvoorbeeld tot een tiende (vijf keer), ongeveer de helft (negen keer), € 50.000 (vijf keer), € 10.000 (acht keer) of nihil (vijf keer).

81 Rb. Overijssel 24 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1963 (schade: € 14.095,20; gematigde boete: € 7.500); Rb. Rotterdam 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6448 (schade: € 10.505; gematigde boete: € 10.000). Minder duidelijk is Rb. Midden-Nederland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5360 (schade: minimaal € 1.000 en maximaal € 4.500, het gemiddelde van deze bedragen is € 2.750; gematigde boete: € 2.500). In Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba 9 januari 2013, ECLI:NL:OGEEA:2013:BZ4284 (schade: 20.667,64 Arubaanse florin; gematigde boete 11.582,52 Arubaanse florin) overweegt de rechter dat het boetebeding bepaalt dat de schuldeiser ook schadevergoeding mag vorderen. De in deze uitspraak toegekende overige geldbedragen staan echter los van de gestelde schade door de tekortkoming. In al deze uitspraken komt de boete in de plaats van de schadevergoeding op grond van de wet.

82 Verhouding < 0.5. In Rb. Rotterdam 6 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5068 is het bedrag iets minder dan het dubbele (verhouding 0.504).

83 Verhouding < 0.67.

84 Een grotere wanverhouding tussen de werkelijke schade en het toewijsbare bedrag gaat niet significant vaker gepaard met een sterkere matiging. $\tau = .139$, $p > .1$. Zij is wel significant als de uitspraken waarin de werkelijke schade nihil is, niet worden meegenomen. Zie ook noot 85. $\tau = .432$, $p < .01$.

85 $\tau = .678$, $p < .001$. Deze significantie wordt voor een groot deel veroorzaakt door de 22 uitspraken waarbij de werkelijke schade nihil is. De rechter kan de verhouding in deze gevallen immers alleen wijzigen door de boete tot nihil te matigen. Zonder deze 22 uitspraken is de samenhang minder duidelijk. $\tau = .311$, p (eenzijdig) $< .05$.

86 De gemiddelde verhouding tussen gematigde boete en de oorspronkelijke boete is .2517.

6.5 Tussenconclusie

De hebberrige schuldeiser kan op twee manieren omgaan met de grenzen van artikel 6:94 lid 1 BW. Een schuldeiser die vooral is geïnteresseerd in een effectieve rechtsuitoefening dient de boete vast te stellen op een bedrag dat in een redelijke verhouding tot de werkelijke schade staat. Hij kan er ook voor kiezen om slechts een gedeelte van de bedongen som te vorderen. De toepassing van artikel 6:94 lid 1 BW is immers afhankelijk van de *uitoefening* van het beding (paragraaf 6.2).

De hebberrige schuldeiser die vooral geïnteresseerd is in een hoog geldbedrag kan het beste een zo hoog mogelijke boete opnemen. De kans dat de rechter het beding op verzoek van de schuldenaar matigt, is in dat geval groot. De gematigde boete is in veel gevallen echter nog steeds hoger dan de werkelijke schade (paragraaf 6.4).

Een middenkoers verdient niet de voorkeur. Als de rechter matigt, haalt hij in de meeste gevallen een behoorlijk bedrag van de boete af. De samenhang tussen de wanverhouding en het niveau van de matiging is bovendien slechts beperkt (paragraaf 6.4). Een boetebeding dat de grenzen van artikel 6:94 lid 1 BW slechts beperkt overschrijdt, kan na matiging recht geven op een toewijsbaar bedrag dat lager is dan een kleinere boete die niet wordt gematigd of een gematigde boete met een nog grotere wanverhouding.⁸⁷

7. Conclusie

In dit artikel beantwoord ik de volgende onderzoeksvraag: *Op welke manier kan een schuldeiser, in het licht van de grenzen van de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW, het maximale uit een boetebeding halen?* Een hebberrige schuldeiser kan een boetebeding gebruiken om de uitoefening van zijn rechten te vereenvoudigen en om een hoog geldbedrag te verkrijgen (paragraaf 2). De analyse van de jurisprudentie leidt tot verschillende aanbevelingen.

Artikel 6:233 sub a BW is eigenlijk alleen van belang als de schuldenaar een consument is (paragraaf 5.2). Het stelt strenge maar relatief duidelijke grenzen. 'Eenheidsboetes', bedingen zonder maximum en clausules met een wanverhouding tussen de voorzienbare schade en de boete zijn vernietigbaar (de paragrafen 5.3 en 5.4). De hebberige schuldeiser dient deze grenzen in acht te nemen. Een (ambtshalve) vernietigd boetebeding draagt immers op geen enkele manier bij aan het behalen van zijn doelstellingen (paragraaf 3).

De hebberrige schuldeiser hoeft geen rekening te houden met artikel 6:94 lid 1 BW. Een gematigde boete is in veel gevallen immers nog altijd beduidend hoger dan de werkelijke schade (paragraaf 6.4). Een schuldeiser die voornamelijk is geïnteresseerd in een effectieve rechtsuitoefening, kan zijn vordering bovendien ook zelf beperken tot een bedrag dat in een redelijke verhouding tot de schade staat (paragraaf 6.2).

Als de schuldenaar een professionele partij is, wordt de schuldeiser bovendien nauwelijks gehinderd door de grenzen van artikel 6:233 sub a BW. Hij heeft in deze gevallen, aangenomen dat de schuldenaar akkoord gaat, geen prikkel om slechts een bescheiden boete op te nemen. De voorzienbare of werkelijke schade kan niet altijd nauwkeurig worden vastgesteld. De hebberrige schuldeiser kan deze onzekerheid gebruiken om de bedongen boete te 'rechtvaardigen'. Hij dient de rechter ervan te overtuigen dat hij een groot belang heeft bij de nakoming van de verbintenis waarvoor het boetebeding is opgenomen (de paragrafen 5.4 en 6.3). Deze mogelijkheid speelt in het bijzonder bij artikel 6:233 sub a BW.

Deze aanbevelingen stellen de hebberrige schuldeiser in staat om het maximale uit een boetebeding te halen. De vraag of dit wenselijk of rechtvaardig is, valt buiten het bereik van dit artikel. De conclusies zijn echter ook van belang als deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Zij stellen andere actoren, zoals rechters, advocaten en schuldenaren, in staat om het gedrag van de schuldeisers beter te begrijpen. Deze kennis kan bijdragen aan het bestrijden van de gevolgen van excessieve boetebedingen. Inzicht in de toepassing van de artikelen 6:233 sub a en 94 lid 1 BW leidt op deze manier ook voor andere partijen tot een beter resultaat.

Over de auteur

Mr. Pieter Wolters

Universitair docent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

⁸⁷ Ik geef een voorbeeld om dit te illustreren. Een schuldeiser leidt € 10.000 schade. De rechter matigt de boete van € 25.000 tot de helft. De schuldeiser heeft hierdoor recht € 12.500. Dit bedrag is minder dan in het geval van een niet-gematigde boete ter grote van € 15.000. Het is daarnaast minder dan een boete van € 100.000 die met 75% wordt gematigd.